

COSMOVISIONES, AUTODETERMINACIÓN, PLURALISMOS Y JUSTICIA INDÍGENA

COSMOVISION, SELF-DETERMINATION,
PLURALISMS AND INDIGENOUS JUSTICE

DANILO CAICEDO TAPIA
Universidad Andina Simón Bolívar

Fecha de recepción: 31-5-16

Fecha de aceptación: 27-3-17

Resumen: *El texto es un acercamiento a la justicia indígena, no limitado al Ecuador o lo andino, partiendo de su reconocimiento como derecho humano, el cual se encuentra íntimamente vinculado con otros derechos como el de igualdad y no discriminación y el derecho a la autodeterminación de los pueblos, todo esto además relacionado con principios extrajurídicos, guías y orientadores, como la interculturalidad y la plurinacionalidad. Se pretende develar un escenario en el cual los problemas alrededor de la vigencia de los derechos de los pueblos indígenas escapa a las discusiones sobre su interpretación y aplicabilidad, y se manifiesta en dimensiones mucho mayores y transversales; además se presenta una propuesta de cómo lograr una mejor comprensión de lo indígena y alcanzar en consecuencia el respeto de sus derechos*.*

Abstract: *The essay approaches traditional indigenous justice systems beyond Ecuador and the Andean region, presenting them as a human right that is intimately linked to equality, non-discrimination and self-determination. All of which is intertwined with orienting principles that transcend the legal sphere such as interculturalism and plurinationalism. Conceptual scenery appears in which the problems associated to indigenous peoples rights transcend discussions regarding their applicability and interpretation by manifesting them through multilevel dimensions; presenting a consolidated understanding of indigenous peoples and their rights.*

* Agradezco la lectura atenta y crítica de Lina Victoria Parra, Stephanie Cristina León y Carlos Espinosa Gallegos-Anda.

Palabras claves: interculturalidad, plurinacionalidad, autodeterminación, justicia indígena, empatía
Keywords: interculturalism, plurinationalism, self-determination, indigenous justice systems, empathy

INTRODUCCIÓN

El derecho a que los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas ejerzan sus formas ancestrales y tradicionales de justicia es un derecho expresamente reconocido y garantizado tanto por el Derecho Internacional, principalmente por el *Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Sobre pueblos indígenas y tribales* (en adelante Convenio No. 169) y por la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007* (en adelante la Declaración), así como también por los Derechos nacionales de la gran mayoría de Estados.

Pese a esta afirmación jurídica categórica y supuestamente imperativa, la realidad del derecho a la justicia indígena es muy distinta, su ejercicio como el de muchos otros derechos colectivos de los pueblos indígenas, en la actualidad se ve fuertemente limitado e incluso criminalizado social e institucionalmente, desconociendo un contexto histórico anterior a la propia existencia del Estado.

Abundan las declaraciones políticas y los artículos doctrinarios que reconocen y exaltan la justicia indígena. Es por esto que al escribir estas líneas siento cierta desazón en tener que justificar o explicar lo que el sentido común parecería *autoevidenciar*: a) existen distintas culturas y cada una de ellas tiene su propia concepción de cosmovisión, identidad y justicia; b) el respeto, no entendido como la simple tolerancia, y el entendimiento de todas esas otras culturas y concepciones en igualdad, sin discrimen, sería una condición necesaria básica para la convivencia humana.

El punto principal que deseo abordar es, por qué Estados que son fácticamente diversos desconocen un conjunto de instituciones y prácticas que forman parte de su propia identidad, vulnerando así un derecho que en teoría reconocen y garantizan pero que en la práctica violan, esto en lugar de optar por la opción que parecería más sencilla, práctica y lógica, la de establecer un diálogo verdadero e intercultural que permita cooperar y coordinar entre distintas culturas, entre distintas nacionalidades, pueblos y comunidades.

En este breve ensayo se plantea como tesis fundamental que cuando hablamos y discutimos sobre derechos de los pueblos indígenas, la justicia in-

dígena incluida, en realidad estamos debatiendo algo mucho más complejo y amplio, como son las distintas formas de entender al mundo, y además lo estamos enfocando desde facetas, perspectivas y categorías excluyentes y restrictivas que no nos permiten aproximarnos de forma integral¹.

La otra tesis cardinal será una propuesta de acercamiento integral, tanto racional como emocional, a la cultura del otro con quien compartimos existencia, historia y territorio, siendo la empatía y el reconocimiento de esa otredad en igualdad de condiciones, las mejores herramientas de negociación para buscar y encontrar consensos; acuerdos en los cuales las dos partes, sobre la base de un sacrificio mutuo, puedan ceder en sus posiciones sin perder su identidad o esencia, buscando un nuevo y compartido proyecto común.

1. UN CONFLICTO ENTRE VISIONES DEL MUNDO ANTES QUE UN CONFLICTO ENTRE DERECHOS

Creo necesario partir de una afirmación general. Desde mi posición personal, el debate sobre la justicia indígena y otros derechos colectivos suele encontrarse mal enfocado, se discute sobre el alcance y contenido de dichos derechos, cuando en verdad nuestro análisis y discusión deberían ser mucho más complejos y amplios, abordando previamente la relación amistosa o conflictiva entre distintas formas de percibir y entender al mundo, las cuales no solo se manifiestan de forma individual sino, y sobre todo, de forma colectiva, hállese o no institucionalizadas por los Estados.

Con el objeto de explicar de manera sucinta los principales elementos de este debate, y usando un alto grado de simplificación, diré que existen dos posturas antagónicas y varias tendencias eclécticas. Así, tenemos en un extremo una visión del mundo marcadamente *monocultural* y *uninacionalista*; y en otro, una visión del mundo de naturaleza *intercultural* y *plurinacional*.

Comienzo caracterizando la postura *monocultural* y *uninacionalista*, como aquella que en un contexto de presencia de varias culturas y nacionalidades, propugna una sola visión pura que debe imponerse, una sola civilización elegible, un solo modelo de institucionalidad adecuado, un solo concepto de progreso posible, una sola ética correcta y por tanto una sola teoría de la jus-

¹ El mismo razonamiento realizado respecto a los pueblos indígenas puede ser extrapolado a los pueblos afrodescendientes, quienes también tienen su propia cosmovisión y forma particular de ejercer derechos.

ticia; estamos entonces ante un conjunto de valores y principios cerrados y permanentes que niegan cualquier otra alternativa².

Esta posición ideológica no desconoce la existencia de otras culturas y nacionalidades pero las concibe como inferiores, lo cual conduce a un necesario choque en el cual debe imponerse la visión correcta y hegemónica, se busca como finalidad justa la homogeneidad ya sea por asimilación o exclusión. Por lo general la visión monocultural y uninacionalista conduce a *fundamentalismos*³, sean estos de carácter político, religioso, económico, cultural, y claro también, jurídico. De igual forma puede ser la base de etnocentrismos y universalismos, sobra decir que esta postura es incompatible con el pluralismo y la democracia⁴.

La postura *intercultural y plurinacional*, opuesta conceptualmente a la anterior, se caracteriza por reconocer la existencia de varias culturas y nacionalidades en un plano de igualdad formal y real. Entiende como consecuencia que existe una variedad de visiones igualmente válidas, concibe a la civilización como una mixtura de éticas, cuyos distintos aportes provienen de numerosas fuentes, razón por la cual este tipo de cosmovisiones proponen, sobre la base del reconocimiento y respeto mutuos, el diálogo intercultural de éticas, conceptos, instituciones, y en general, de principios y valores, respecto de los cuales podamos establecer nuevas formas pacíficas de cooperación y coordinación. Bajo la interculturalidad y plurinacionalidad las inevitables pugnas y desavenencias son oportunidades para la complementariedad.

La posición ideológica de la interculturalidad, implica entender las relaciones entre distintas culturas y diferentes nacionalidades, como un encuentro y una alianza no exento de tensiones, en lugar de como un choque o enfrentamiento insalvable, un espacio libre que faculte en la práctica permanente y cotidiana, encontrar formas comunes dentro del respeto de la diferencia y la diversidad, todo partiendo de un plano de igualdad para dialogar, compartir y convivir⁵. En palabras de Claudio Malo González: "(...) la interculturalidad implica un proceso de intercambio y comunicación, partiendo de patrones estructuradores de cada cultura, superando el prepotente

² M.J. FARIÑAS y J.J. TAMAYO, *Culturas y Religiones en Diálogo*, Síntesis, Madrid, 2007, pp. 47-57.

³ Por fundamentalismo entiendo la imposición severa e intransigente, unilateral y excluyente de un sistema cultural, religioso, político, económico o jurídico.

⁴ M.J. FARIÑAS y J.J. TAMAYO, *Culturas y Religiones en Diálogo*, cit., pp. 142-144.

⁵ M.J. FARIÑAS y J.J. TAMAYO, *Culturas y Religiones en Diálogo*, cit., pp. 137-141.

prejuicio de que la verdad es patrimonio de tal o cual cultura y que, como poseedora, tiene la 'carga' de transmitirla a las otras"⁶.

La propuesta de la plurinacionalidad implica reconocer la diversidad real dentro de un Estado, el cual debe modificar su estructura, dando paso a "un nuevo modelo de estado, institucional, cultural, económico, democrático, territorial, que incluye a todas las personas (...), que busque el bienestar equitativo de los seres humanos, regiones, culturas y naturaleza, que garantice el *Alli Kausay* [explicado por el autor como un principio filosófico andino que busca la armonía del ser humano con la familia, la comunidad y la naturaleza.]"⁷.

Como bien lo señala Raúl Llásag, la plurinacionalidad no implica únicamente el reconocimiento de varias naciones dentro de un Estado, sino que también implica como propuesta decolonial, modificar y descentralizar la institucionalidad, la convivencia entre instituciones estatales y no estatales, la transversalización de la diversidad en todo aspecto de la sociedad y el Estado, la profundización de la democracia y la relevancia de la democracia comunitaria, la implementación de un modelo económico no extractivista, el reconocimiento y funcionamiento del pluralismo jurídico y la creación de territorios indígenas autónomos y descentralizados⁸.

Además de estas dos posiciones diametralmente contrapuestas, existen también tendencias eclécticas, principalmente multiculturalismos en sentido liberal, que proponen una lógica de relación entre culturas, en la cual no se presentan ni un monismo ni un pluralismo cultural y nacional claro y expreso; estas posturas suelen plantear un principio de reconocimiento y distinción tácito. En la práctica estas posiciones intermedias no alteran *el statu quo* ni realizan cambios significativos o estructurales reales, bajo la apariencia de formalidad, conducen a la discriminación, al segregacionismo y la exclusión simbólica y/o material de la cultura y la nacionalidad no dominante.

Entendiendo cuál de las posturas antes mencionadas es la institucionalizada por nuestros Estados y adoptada por nuestros gobernantes, y sobre todo cuál de ellas prevalece en la conciencia mayoritaria de los ciudadanos, podremos tener una visión mucho más completa respecto al reconocimiento

⁶ C. MALO GONZÁLEZ, "Cultura e Interculturalidad" en J. SALGADO (comp.), *Justicia Indígena. Aportes para un Debate*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2002, pp. 21-22.

⁷ R. LLÁSAG, "Plurinacionalidad: una propuesta constitucional emancipadora" en R. ÁVILA (comp.), *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, p. 314.

⁸ *Ibid.*, pp. 338-346.

y vigencia de los derechos de los pueblos indígenas, así como de los derechos colectivos de otros grupos étnicos.

De esta forma, se puede entender porqué el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas y afrodescendientes, entre otros⁹, en reconocimiento de su historia y cultura propia, no sea interpretado como el respeto a la libre decisión de su condición política, económica, social, jurídica, cultural, entre muchas otras, sino que sea pensado primero, como un peligroso divisionismo que rompe con la estructura típica de los Estados nacionales europeos, y de su característica por antonomasia, la soberanía; y, segundo, que sea un quiebre a la concepción o calidad de ciudadano entendido como el nacional de un Estado que se rige de forma irreductible por dicha soberanía¹⁰.

Continuando con esta línea de análisis, se puede entender porqué el derecho a la igualdad formal o legal, el derecho a la igualdad real o fáctica y el derecho a no ser sujeto de discriminación, principios base de toda concepción humanista moderna, son interpretados respecto a los pueblos indígenas desde una perspectiva restrictiva, en la cual la igualdad únicamente es válida partiendo de un supuesto de igualdad entre sujetos occidentales, y la no discriminación solo es posible bajo el hipotético de compartir universalmente los dogmas fundamentales de la filosofía occidental. En consecuencia, también es fácil deducir porqué el derecho a mantener la posesión colectiva de las tierras, territorios y recursos ancestrales, bajo la premisa de reconocer el vínculo comunitario material y sobre todo espiritual de los pueblos indígenas, es en realidad comprendido bajo un prisma del tradicional derecho a la propiedad eurocéntrico, en el cual la propiedad no es sino una institución jurídica por la cual adquirimos dominio individual sobre cosas inanimadas con un interés marcadamente económico.

De igual manera, es posible comprender porque el derecho a la consulta prelegislativa sobre temas que afecten la autodeterminación de dichos pueblos, y el derecho a la consulta previa para la explotación de recursos dentro de sus territorios, es concebido en la práctica como un derecho nominal, escrito en el papel, no aplicable en la vida diaria, desprovisto de obligatorie-

⁹ El derecho a la autodeterminación suele ser llamado también: *derecho a la libre determinación y derecho al autogobierno*.

¹⁰ D. CAICEDO TAPIA, "Criminalización de las comunidades indígenas", en B. DE SOUSA SANTOS y A. GRIJALVA JIMÉNEZ (eds.), *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador*, Abya-Yala, Quito, 2012, pp. 210-212.

dad, sin funcionalidad y con efectos nulos, en razón de interpretar el territorio nacional como uniforme, y a todos los seres humanos que habitan en él, bajo la categoría común de ciudadanos de un Estado, primando en últimas causas el rédito económico del Estado sobre el interés social y cultural de sus habitantes.

Esto también ocurre respecto al derecho a administrar justicia por parte de los pueblos indígenas, el cual lejos de ser percibido como un ejercicio de su autodeterminación, y como una forma de solución de conflictos propia, que responde a su particular cosmovisión, es entendido como una justicia por propia mano, representada como la práctica de salvajes linchamientos y ajusticiamientos, o solo, como una justicia para casos menores, y en algunos extremos también como una justicia rústica que merece ser desprovista de todo efecto jurídico, la cual en consecuencia debe ser subsanada y asimilada por la justicia estatal hasta su eventual desaparición.

Expuesto lo anterior, realizaré una afirmación de importancia, la verdadera razón por la cual estos derechos son interpretados de forma restrictiva y arbitraria, anulando, desconociendo o tergiversando sus contenidos¹¹, es la firme creencia o convicción de los gobernantes y los ciudadanos en la visión monocultural y uninacionalista, con independencia de lo que digan o respalden las constituciones nacionales o los instrumentos internacionales de derechos humanos. Dicha visión basada intrínsecamente en un racismo histórico, conduce al profundo temor y al rechazo a que una otredad, a la que siempre se ha considerado inferior, pueda ejercer poder político dentro de nuestro mismo territorio, debiendo además compartir la toma de decisiones sobre asuntos de importancia local y nacional.

2. EL FOCO DEL CONFLICTO: LA VIGENCIA DEL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS

Reconocer el derecho a la autodeterminación constituye dar cuenta de una realidad histórica de todos los pueblos, sean estos indígenas o no,

¹¹ Existen otros derechos colectivos de los pueblos indígenas que son sistemáticamente violados al ser interpretados restrictivamente, como por ejemplo, el derecho a la igualdad y no discriminación, la libertad de pensamiento y expresión, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a una identidad individual y colectiva y el desarrollo de sus prácticas ancestrales, los derechos de participación, el derecho a la educación, el derecho de residencia y el derecho de libre circulación, etc.

es así que toda sociedad, ineludiblemente regula sus propias relaciones, establece una institucionalidad distintiva, se gobierna a sí misma dentro de sus territorios, es decir, determina todas las condiciones espirituales y físicas necesarias para vivir, su particular y única cosmovisión del mundo.

Con anterioridad a la existencia de instrumentos internacionales específicos sobre autodeterminación o libre determinación de los pueblos indígenas o afrodescendientes, ya existían disposiciones importantes que en pie de igualdad abarcaban en teoría los derechos de todos los pueblos sin distinción alguna, sin embargo, en la práctica no fue entendido de esa manera¹². Esto pese a lo dicho en el artículo primero del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y además en el artículo primero del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales se expresaba lo siguiente: “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”¹³.

Los instrumentos internacionales, hablemos del Convenio No. 169, el cual no hace expresa mención al derecho a la autodeterminación pero sí de ciertas características del mismo; y por otra parte, la Declaración (en su artículo 3 y siguientes), que sí hace mención expresa a este derecho bajo la denominación *libre determinación*, en todo momento aclaran que la autodeterminación no deberá ser entendida como la posibilidad de que dichos pueblos decidan convertirse en un Estado.

En otras palabras, el derecho a la autodeterminación según el Derecho Internacional solo podría ser entendido y ejercido dentro del parámetro de los Estados nacionales, esto se reproduce en las legislaciones nacionales. La limitación jurídica mencionada es por demás discutible si en realidad tomamos una posición intercultural y plurinacional, bajo la cual se puede afirmar que es un derecho colectivo manifestar la voluntad de formar o no formar parte de un Estado¹⁴. Como lo señala Bartolomé Clavero, “la libre determinación misma responde al derecho que toda persona tiene a desenvolver su

¹² B. CLAVERO, “Libre determinación y pie de igualdad de los pueblos indígenas” en D. CAICEDO y A. PORRAS (ed.), *Igualdad y No Discriminación. El Reto de la Diversidad*, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Quito, 2010, p. 414.

¹³ *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Art. 1; y, *Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales*, Art. 1.

¹⁴ C.F.M. DE SOUZA FILHO, “Autodeterminación de los pueblos indígenas y jusdiversidad”, *América Indígena*, núm. 1-2, vol. LVII, 1999, pp. 313-314.

vida en el medio político, económico, social y cultural en el que se identifica, y no en ningún otro que se le imponga.”¹⁵.

Una solución intermedia para este conflicto sería reconocer legalmente la existencia de circunscripciones territoriales especiales, en las cuales los pueblos dentro de un Estado puedan desarrollar con amplitud y libertad su autodeterminación política, sin perjuicio de una posterior separación o escisión. Cabe aclarar que la conformación de estas circunscripciones territoriales debe ser negociada, consensuada y finalmente decidida por los propios pueblos, no impuesta por los Estados¹⁶.

El derecho a la autodeterminación es también, con una mayor concreción, un principio de importancia capital para la aplicación e interpretación, bajo el cual prosperan el conjunto de derechos de los pueblos indígenas; por medio de este se reconoce el derecho a una identidad colectiva propia, la necesidad de la conservación de la misma y el desarrollo de todas las prácticas que la configuran. Así también, reconoce y faculta la libre decisión de las condiciones políticas, económicas, sociales, jurídicas y culturales que les caracterizan e individualizan como pueblos, todo esto con la autonomía como precepto general dentro de sus asuntos internos.

Este derecho entendido en su real dimensión desde una perspectiva intercultural significa la reconfiguración del tradicional *Estado-nación*, así como también de la clásica forma de conceptualizar la *ciudadanía*. El primero como institucionalidad que excluye del poder a toda entidad y órgano que no sea estatal, y la segunda como elemento unificador de los seres humanos que viven dentro de un determinado territorio, y que sobre la base de una única identidad y unas mismas características, asumen iguales derechos y obligaciones. El derecho a la autodeterminación solo puede ser entendido en su plena vigencia bajo la visión intercultural y plurinacional, que en una primera instancia establece el marco de respeto del derecho a la igualdad y no discriminación de los pueblos indígenas, en el cual, como lo explica Boaventura de Sousa Santos, puedan gozar de una igualdad cuando la diferencia los *inferioriza* y de la diferencia cuando la igualdad les *descaracteriza*¹⁷.

¹⁵ B. CLAVERO, “Libre determinación y pie de igualdad de los pueblos indígenas” en D. CAICEDO y A. PORRAS (ed.), *Igualdad y No Discriminación. El Reto de la Diversidad*, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Quito, 2010, p. 420.

¹⁶ *Ibid.*, pp. 415-420.

¹⁷ B. DE SOUSA SANTOS, *La reinención del Estado y el Estado plurinacional*, Cenda, Santa Cruz, 2007, pp. 34-35.

Así también, este derecho determina el parámetro de garantía de su identidad propia y de las prácticas que los identifican como pueblo en un plano de igualdad como individuos, pero también de reconocimiento de su diversidad como colectividad. Conlleva el derecho a su propia visión de desarrollo partiendo de sus tradiciones y costumbres, pero también con una visión a futuro respecto al devenir de su cultura; y, en una tercera instancia, implica su necesaria participación y consulta en el marco plural nacional respecto a las decisiones que les afecten.

Bajo estos postulados el derecho a la autodeterminación es el principio motor de libertad y autonomía, en el cual los demás derechos se desarrollan desde la propia cosmovisión de cada pueblo, desde su propia historia y narrativa; es a su vez el parámetro objetivo bajo el cual los derechos de estos pueblos deben ser aplicados e interpretados, es también el principio, junto con la interculturalidad y plurinacionalidad, que irradia en su conjunto el ordenamiento jurídico constitucional e infraconstitucional, y finalmente guía y orienta las relaciones entre los pueblos indígenas con otros pueblos y con el Estado.

En la práctica, el desconocimiento del derecho a la autodeterminación de los pueblos implica adoptar integralmente la visión monocultural y unicultural, siguiendo un proyecto de modernidad colonialista, con serias consecuencias para los pueblos indígenas, tales como la incompreensión de su calidad de sociedades permanentes, y por tanto, su eventual e intencional desaparición, esto en aras de un concepto integracionista o excluyente de modernización, progreso y desarrollo. En este contexto primaría de forma absoluta la visión hegemónica, debiendo las otras visiones oprimidas incluirse bajo un principio de modernidad homogeneizador de interpretación y aplicación de sus derechos. Un ejemplo claro de este escenario sería el tratamiento colonialista dado a los pueblos indígenas, desde la invasión y conquista europea genocida de los territorios que hoy conocemos como América, que en mayor o menor grado pervivió durante la gran mayoría del Siglo XX, y con ciertos remanentes hasta la actualidad¹⁸.

En lo jurídico podemos ver un ejemplo reciente de esta lógica colonialista y de la ausencia absoluta de reconocimiento del derecho a la autodeterminación de los pueblos en el *Convenio No. 107 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas*

¹⁸ F. FANON, "Los intelectuales y los demócratas franceses ante la revolución argelina" en *Por la Revolución Africana*, Fondo de Cultura Económica, México, 1967, pp. 88-90.

y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes, adoptado en 1957, que entró en vigencia en 1959.

El Convenio No. 107 reflejaba la continuación y consagración de la puesta en marcha de un proyecto integracionista en el cual los indígenas y otros grupos étnicos, si bien dejan de ser mirados como objetos de derechos como en los siglos anteriores, son mirados ahora como eventuales sujetos de derechos, mediante su integración forzosa a la sociedad y pensamiento mayoritario, mediante medidas de asistencia y socorro, al igual que si estuviéramos hablando de un incapaz relativo. Este instrumento internacional permaneció vigente hasta la expedición del Convenio No. 169 de la OIT adoptado en 1989 y en vigencia desde 1991, el cual marca un hito diferenciador con todos los instrumentos expedidos con anterioridad, y que de forma conjunta con la Declaración, constituyen el marco normativo internacional más garantista hasta la presente fecha.

Bajo el marco establecido por el derecho a la autodeterminación, el derecho a ejercer su propia administración de justicia conforme a su cosmovisión, sería concebido como una consecuencia lógica del derecho a su identidad colectiva, a una cultura propia, a conservar sus instituciones jurídicas tradicionales y a ejercer sus prácticas de conformidad con sus valores. Desde otra arista significaría que toda regulación estatal, administrativa o legal, de la administración de la justicia indígena debería contar para su construcción, con la participación de los propios pueblos, y para su aprobación requeriría de una consulta previa de todos los grupos interesados con efectos obligatorios en su pronunciamiento.

En el contexto de un Estado que reconoce la interculturalidad y la plurinacionalidad, la única forma de regulación legal coherente de la administración de justicia indígena debería estar enfocada en lograr la adecuada coordinación y cooperación entre justicias en un plano de igualdad, velando por el respeto y garantía de los derechos humanos desde una perspectiva intercultural, esto es, partiendo del diálogo y consenso libre, respetuoso entre culturas. El principio *pro ser humano* juega un rol preponderante, pero este también debe ser entendido bajo una lógica intercultural, en la cual se garantice la aplicación de la norma y la interpretación que más favorezca a la efectiva vigencia de los derechos humanos desde esta nueva dimensión amplia y diversa.

No se debe perder de vista que lejos del discurso declarativo y del deber ser, los derechos humanos no dejan de ser una teorización unidireccional de

Occidente, mecanismos de imposición, “vectores de una modernidad/colonialidad”, es por esto que no basta con propugnar el respecto y garantía entre Derechos, sino que también es necesario pensarlo y hacerlo desde una perspectiva amplia y plural, es decir intercultural, ejercicio que al final de cuentas conduce en sí mismo a reconstruir el concepto “derechos humanos”¹⁹.

Dar completa vigencia al derecho a la autodeterminación implicaría en definitiva para los Estados, y este es quizá el mayor obstáculo para este derecho, el no poder disponer libre y unilateralmente de los territorios ancestrales indígenas y de otros pueblos, así como también de los recursos naturales que se encuentren en dichas circunscripciones, para lo cual requerirían de su participación y consentimiento. Además, serían las propias jurisdicciones indígenas las encargadas de impartir justicia con carácter imperativo en caso de conflicto entre el Estado y las comunidades, y entre las comunidades con empresas nacionales o transnacionales. Como es evidente, el conflicto sobre la plena vigencia de los derechos colectivos además de involucrar importantes factores étnicos y culturales, tiene como elemento determinante lo económico, faceta principal dentro del sistema occidental, eurocéntrico y capitalista, el cual se basa en la explotación del ser humano por el ser humano, y en la explotación de los recursos naturales para obtener réditos económicos.

3. MONISMO Y PLURALISMOS JURÍDICOS

Antes de entrar de lleno con lo que se definiría por justicia indígena es necesario partir de una diferenciación conceptual acerca de la naturaleza monista o pluralista de los Estados. En teoría diríamos que un Estado se concibe formalmente como *monista jurídico*, cuando dentro de sus fronteras reconoce legalmente como Derecho y sistema jurídico únicamente al Estatal,. Esta visión no solo cierra los ojos a la realidad sino que cierra la puerta a todo tipo de diálogo entre culturas, queda claro que es imposible dialogar con aquellos que se afirma no existen, desde esta postura los pueblos indígenas no son sujetos de derechos y sus normas no son reconocidas jurídicamente. En la práctica ocurre que pese a existir formalmente un monismo jurídico estatal, en lo material, en lo real se vive un pluralismo jurídico social, esto es la coexistencia de dos o más sistemas jurídicos reconocidos por la sociedad

¹⁹ A. MEDICI, *La Constitución Horizontal, Teoría constitucional y giro decolonial*, Centro de Estudios Sociales y Jurídicos Mispát, Aguas Calientes, 2012, pp. 42-50.

en su diario vivir, con independencia de lo formalmente dicho por las leyes del Estado.

En caso de existir un reconocimiento legal de varios sistemas jurídicos dentro de un mismo Estado será posible hablar de un pluralismo jurídico formal, sin embargo, es posible diferenciar entre un *pluralismo jurídico formal unitario* y un *pluralismo jurídico formal igualitario*, nos encontramos ante la presencia del primero de ellos cuando “el derecho [estatal] oficial se reserva la facultad de unilateralmente determinar la legitimidad y el ámbito de los demás sistemas jurídicos reconocidos”²⁰.

El modelo del *pluralismo jurídico formal unitario* es aquel que usualmente encontramos dentro de la mayoría de Estados, incluso en aquellos que pese a ser marcadamente diversos, y estableciéndolo así en sus constituciones nacionales, proceden en su legislación secundaria a desconocer el valor igualitario de dicha justicia, desconociéndolo al negarle efectos jurídicos o reduciéndola a un derecho de menor jerarquía, encargado de aquellos conflictos que no interesan a la administración de justicia del Estado, usualmente los que no revisten impacto económico, relevancia mediática u importancia social desde la visión occidental²¹.

El segundo modelo al que hacía referencia es el del *pluralismo jurídico formal igualitario*, el cual se identifica por reconocer y dar igual valor jurídico a uno o varios sistemas de resolución de conflictos diferentes al estatal; se parte del principio de que ningún sistema es superior a otro, en consecuencia, el ejercicio y validez de cada justicia no será condicionada por la otra, sino que existirá una relación de constante coordinación y cooperación. En el caso de comulgar con la interculturalidad y la plurinacionalidad, la única posición coherente sería el caminar hacia la consecución de este tipo particular de pluralismo²².

4. CONSTITUCIONALISMOS, IMPOSICIONES Y REIVINDICACIONES

El Derecho, la normativa, o simplemente lo jurídico o legal en términos occidentales, ha sido objetivamente un instrumento de dominación de los pueblos americanos y africanos entre otros. Lo legal como reflejo de lo co-

²⁰ A. HOEKEMA, “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”. *América Indígena*, núm. 1-2, vol. LVII, 1999, p. 269.

²¹ *Ibid.*, pp. 269-270.

²² *Ibid.*, p. 270.

lonial ha implicado la imposición y jerarquización entre culturas, un paradigma que impone un sistema perfecto, único y cerrado en lo moral y lo jurídico²³. Una legalidad estrictamente positivista, rígida, lógica y formal que sirvió y es todavía hoy en día la base del antropocentrismo, el eurocentrismo, el individualismo exacerbado y del capitalismo salvaje²⁴.

Los habitantes de gran parte de América todavía recuerdan con desprecio las denominadas *Leyes de Indias*, instrumentos normativos que fungieron como disposiciones monárquicas de control e imposición política, social y religiosa del europeo sobre los pueblos americanos durante los tiempos posteriores a la conquista²⁵. Más allá de aquello, desde la independencia de los Estados americanos de las potencias coloniales europeas de la época, lo legal sigue sirviendo como fuente de imposición de una cultura sobre otra, las comunidades, nacionalidades y pueblos indígenas y afrodescendientes han permanecido sometidos por disposiciones normativas que desconocen su identidad e historia. Es así que el mundo mestizo, fuertemente basado e influenciado por el paradigma europeo, ha sabido reproducir a través del Estado la colonialidad y la discriminación a través de su normativa.

Las Constituciones de los Estados como instrumentos jurídicos, declaraciones políticas y herramientas organizativas dan cuenta de ello. Un ejemplo grosero pero que refleja el espíritu de la época de independencia en América puede ser encontrado en la Constitución del Ecuador de 1830, la cual disponía lo siguiente: “Art. 68.- Este Congreso constituyente nombra a los venerables curas párrocos por tutores y padres naturales de los indígenas, excitando su ministerio de caridad a favor de esta clase inocente, abyecta y miserable.”

Disposiciones como la citada en el párrafo anterior han sido superadas a través de siglos de constitucionalismo en América, sin embargo, hasta la actualidad en la generalidad de países del continente americano podemos encontrar un sistema normativo y su correlato constitucional que aunque más velado en su apariencia, sustenta en sus contenidos los fundamentos y las formulas operativas de un monoculturalismo y uninacionalismo absoluta-

²³ A. MEDICI, *La Constitución Horizontal, Teoría constitucional y giro decolonial*, Centro de Estudios Sociales y Jurídicos Mispát, Aguas Calientes, 2012, pp. 32-42.

²⁴ A.C. WOLKMER, “Pluralismo Jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina” en J. DE LA TORRE RANGEL (coord.), *Pluralismo Jurídico. Teorías y Experiencias*, Universidad Autónoma de San Luís de Potosí, México, 2007, pp. 17-18.

²⁵ MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE DEL GOBIERNO DE ESPAÑA, *Archivo General de Indias*, Recuperado el 21/02/2017 en <http://www.mecd.gob.es/cultura-mecd/areas-cultura/archivos/mc/archivos/agi/portada.html>.

mente vigente y sólo modificado en determinados aspectos que hoy resultarían aberrantes. Por ejemplo, en la forma el uso de un lenguaje políticamente incorrecto, el término “indios” en lugar de indígenas o “negros” en lugar de afrodescendientes, así también por ejemplo en el fondo, el condicionar la calidad de persona o ciudadano a alguien basado en su etnia determinada²⁶.

Es necesario también mencionar que respecto a lo anterior en Latinoamérica se dio en el presente siglo un giro social y legal. Constituciones como las de Bolivia²⁷ y Ecuador²⁸ son claros ejemplos del denominado “Nuevo Constitucionalismo Andino”, tendencia autóctona que bebe del *neoconstitucionalismo* general²⁹ y del *neoconstitucionalismo latinoamericano*³⁰, pero que se caracteriza y alcanza individualidad principalmente por lo siguiente:

1) Reconocimiento amplio de la plurinacionalidad e interculturalidad; 2) Importancia fundamental de la *Pachamama* como principio transversal de la vida de sus habitantes y del quehacer estatal; 3) Inclusión de principios ético-morales propios de la filosofía andina como el *sumak kawsay* (buen vivir)³¹, “*ama qhilla, ama llulla, ama suwa* (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), *suma qamaña* (vivir bien), *ñandereko* (vida armoniosa), *teko kavi*

²⁶ El Ecuador un país con un alto porcentaje de población indígena (7%) y afrodescendiente (7,2%) según el censo más actual del año 2010, aunque las cifras basadas en la autoidentificación étnica no reflejan necesariamente la realidad. Ver: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS Y CENSOS (Ecuador), *Resultados Censo 2010*, Recuperado el 15/02/2017 en <http://www.ecuadorencifras.gob.ec/resultados/>.

²⁷ CONSTITUCIÓN DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, publicada en la Gaceta Oficial de Bolivia el 7 de febrero de 2009.

²⁸ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008.

²⁹ Alejandro Medici conceptualiza al *neoconstitucionalismo* con los siguientes elementos: 1) Constitución dirigente e invasora, rescatando su supremacía y directa aplicación; 2) positivización de un amplio catálogo de derechos y garantías; 3) Distinción entre principios y reglas; 4) Inclusión de una particular forma de interpretar la constitución que se diferencia de la interpretación legal. A. MEDICI, *La Constitución Horizontal, Teoría constitucional y giro decolonial*, Centro de Estudios Sociales y Jurídicos Mispal, Aguas Calientes, 2012, pp. 111-115.

³⁰ Ramiro Ávila Santamaría distingue entre “Neoconstitucionalismo Latinoamericano” y “Neoconstitucionalismo Andino o Transformador”, la primera tendencia se ubicaría primero en el tiempo, a finales del siglo XX y se caracterizaría por: 1) La expansión de los derechos; 2) el control de constitucionalidad por parte de todos los jueces; 3) el redimensionamiento del Estado; 4) El constitucionalismo económico encamina a la equidad; 5) el hiper-presidencialismo. Como es observable, no constan dentro de dichas características los aportes propios de la filosofía indígena. R. ÁVILA SANTAMARÍA, *El Neoconstitucionalismo Transformador*, Abya-Yala, Quito, 2008, pp. 59-80.

³¹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, preámbulo y artículo 71.

(vida buena), *ivi maraei* (tierra sin mal) y *qhapaj ñan* (camino o vida noble).”³²; 4) Reconocimiento, reconceptualización y fortalecimiento de la democracia, dando espacio a diversas formas de gobierno y participación comunitaria; 5) Reconocimiento y garantía de derechos particulares de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, con especial mención a la justicia indígena³³.

Las Constituciones mencionadas son ejemplos de una tendencia que Boaventura de Sousa Santos denomina “Constitucionalismo transformador” y que Raquel Yrigoyen nombra como “Constitucionalismo plurinacional”³⁴. Son propuestas marcadamente anticapitalistas y anticolonialistas, una representación filosófica y jurídica que rescata una epistemología de Sur, discute la modernidad y pretende transformar la realidad³⁵. Sin duda una propuesta emancipadora y liberadora, un primer paso que marca un distanciamiento con modelos constitucionalistas previos y con anteriores proyectos sociales y políticos de convivencia³⁶. En tal sentido, Alejandro Medici entiende que los proyectos constitucionales de Ecuador y Bolivia son procesos de transición hacia la refundación del Estado, lo cual implicaría entre otras cosas, discutir y *deconstruir* postulados tan básicos como los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho³⁷.

Dichos avances legales en las Constituciones de Bolivia y Ecuador sin duda son muy relevantes y dignos de mención³⁸, al ser la consecuencia di-

³² CONSTITUCIÓN DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, artículo 8.

³³ R. ÁVILA SANTAMARÍA, *El Neoconstitucionalismo Andino*, Universidad Andina Simón Bolívar – Ecuador, Quito, 2016, pp. 26-32; y, A. MEDICI, *La Constitución Horizontal*, cit., pp. 83-104.

³⁴ R. YRIGOYEN FAJARDO, “El Horizonte del constitucionalismo pluralista, del multiculturalismo a la descolonización”, en C. RODRÍGUEZ GARAVITO (coord.), *El Derecho en América Latina. Un mapa del pensamiento jurídico del Siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2011, pp. 149-157.

³⁵ A. MEDICI, *La Constitución Horizontal*, cit. pp. 27-28. El autor explica que no se puede entender el proyecto de “modernidad europea” y su proceso global, sin abordar lo que implica la colonialidad, en tal sentido la modernidad es un proceso transversal de violencia, acumulación de capital y elaboración de una otredad negativa, basado fundamentalmente en la idea de “raza”.

³⁶ B. DE SOUSA SANTOS, *Refundación del Estado* cit., 2010, pp. 103-172.

³⁷ A. MEDICI, *La Constitución Horizontal*, cit., pp. 61-80 y 141-144.

³⁸ Es necesario también mencionar a Colombia y en menor grado a Perú en los márgenes del constitucionalismo transformador, pues aunque estos dos países no gozan de nuevas constituciones notablemente emancipadoras y liberadoras en sus postulados, en ciertos períodos han sido sus altas cortes constitucionales y legales las encargadas de dar nueva vida a los

recta de la lucha constante de indígenas y afrodescendientes a lo largo de varios siglos. Sin embargo, pese a ser muy valiosos se presentan insuficientes para una verdadera refundación del Estado, subsiste la crítica en cuanto a que si bien se han modificado teóricamente paradigmas legales tradicionales del Estado-nación, esto no ha sido condición suficiente para el respeto y garantía de las cosmovisiones y derechos de dichas comunidades, pueblos y nacionalidades, permaneciendo sus principales postulados constitucionales como declaraciones de intenciones sin mayor eficacia. Incluso esos mismos Estados con un discurso diferente, reivindicativo de lo autóctono y liberador de lo colonial, continúan implementando prácticas nada distintas a las de décadas pasadas, reprimiendo y criminalizando el ejercicio de los derechos colectivos que sus propias Constituciones reconocen³⁹.

Otro de los puntos negativos a mencionar de la puesta en marcha de dichos procesos constitucionales, ha sido en la práctica el uso partidista y de apropiación estatal de lo indígena, así por ejemplo en Ecuador se denuncia la descontextualización y tergiversación del principio indígena del *sumak kawsay*, esto para su inclusión forzosa dentro de la política estatal capitalista y extractivista que se mantiene sin mayor alteración. Distanciándose del contenido sustancial del *sumak kawsay*, que como postulado filosófico propugna sin concesiones el respeto de la naturaleza y la armonía entre seres vivos⁴⁰. Todo aquello bajo la excusa de una transición y cambio paulatino que en realidad se presenta como una continuidad; lo ocurrido con el *sumak kawsay* es extrapolable a otras instituciones, principios y derechos como la autodeterminación de los pueblos, la justicia indígena, las circunscripciones territoriales especiales o la democracia comunitaria.

textos constitucionales, reivindicando las cosmovisiones y derechos de los pueblos excluidos a través de un denodado esfuerzo jurisprudencial.

³⁹ OBSERVATORIO DE CONFLICTOS MINEROS DE AMÉRICA LATINA (OCMAL) y ACCIÓN ECOLÓGICA, *Cuando tiemblan los derechos: Extractivismo y criminalización en América Latina*, OCMAL, Quito, 2011. Así también, FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (FIDH), COMISIÓN ECUMÉNICA DE DERECHOS HUMANOS (CEDHU), FUNDACIÓN REGIONAL DE ASESORÍA EN DERECHOS HUMANOS (INREDH), *Informe Criminalización de la protesta social frente a proyectos extractivos en Ecuador. Misión Internacional de Investigación*, Octubre de 2015. Recuperado el 18/02/2016 en: https://www.fidh.org/IMG/pdf/equateur666espagn2015hd_1_.pdf.

⁴⁰ G. RAMÓN, "El Sumak Kawsay: un concepto en disputa y construcción" en Y. JUBETO, L. GURIDI Y M. FERNÁNDEZ-VILLA (ed.), *Diálogos sobre Economía Social y Solidaria en Ecuador*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2014, pp. 333-348.

De lo expuesto en este punto se desprende que el conflicto y la solución de la imposición de una cultura por otra, se relacionan con lo legal pero no se agotan en ello, el Derecho es muy importante pero sigue siendo instrumental e insuficiente, siendo necesario buscar otras alternativas para un auténtico reconocimiento del otro en pie de igualdad; es imperativo explorar otros caminos para establecer un verdadero diálogo intercultural que supere las prometedoras pero nominales disposiciones constitucionales y legales, más adelante en este artículo se realizarán varios aportes al respecto⁴¹.

5. LA JUSTICIA INDÍGENA: UN DERECHO EN DISPUTA

Partiendo de lo anterior, el derecho a que los pueblos indígenas administren su propia justicia debe ser considerado desde dos aristas: una amplia, el respeto y garantía de su forma de vida y del conjunto de instituciones y prácticas que constituyen la identidad y cultura de estos pueblos, incluido lo que en occidente entendemos como el Derecho o lo jurídico. Esta arista amplia se expresa en palabras de Esther Sánchez Botero e Isabel Cristina Jaramillo, de la siguiente forma: “[U]no de los derechos generales de los pueblos indígenas es el derecho de la *autodisposición*. Este derecho implica que el grupo pueda organizarse y gobernarse de acuerdo con su propia visión del mundo, sus tradiciones y deseos.”⁴².

Por su parte, Raquel Yrigoyen partiendo de esa arista amplia de autodisposición y reconocimiento de un pluralismo jurídico, profundiza en una arista restringida, en la cual nos encontramos en toda regla, dentro de lo que implica un ejercicio de justicia indígena:

- a) *La potestad de darse sus autoridades e instituciones (autoridades propias, legítimas o naturales);*
- b) *La potestad normativa de darse sus propias normas y procedimientos, o su derecho consuetudinario o costumbres; y*

⁴¹ Audre Lorde, escritora afroamericana y feminista decía con acierto: “Porque las herramientas del amo nunca dismantlarán la casa del amo. Pueden permitirnos vencerlo temporalmente en su propio juego, pero nunca nos permitirán lograr un cambio genuino.” (Traducción libre). A. LORDE, *The Audre Lorde Compendium: Essays, Speeches and Journals*, Pandora, Londres, 1996, p. 160.

⁴² E. SÁNCHEZ BOTERO e I.C. JARAMILLO, “La jurisdicción especial indígena” en D. CAICEDO TAPIA y C. ESPINOSA GALLEGOS-ANDA (ed.), *Derechos Ancestrales. Justicia en Contextos Plurinacionales*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009, pp. 151.

- c) *La potestad de administrar justicia o de ejercer funciones jurisdiccionales (jurisdicción especial), función judicial, solución alternativa de conflictos, instancias de justicia*⁴³.

La arista estricta o restringida hace referencia de forma particular al respeto y garantía a las instituciones, procedimientos y prácticas tradicionales o ancestrales de dichos pueblos para la resolución de sus conflictos internos, y está regulada en específico por el artículo 9 del Convenio No. 169 de la OIT y por la Declaración en los artículos 5 y 13.2. Más allá de lo jurídico considero indispensable poner énfasis en este punto y reflexionar sobre varios elementos que caracterizan socialmente a la justicia indígena:

Primero, al hablar de justicia indígena como concepto, en realidad estamos hablando de un término general que abarca distintas y muy variadas representaciones de solución de conflictos por parte de los pueblos indígenas, es por esto que cuando examinamos las *justicias indígenas* podemos decir que no son representaciones o manifestaciones uniformes u homogéneas, existe una justicia diferente por cada sociedad, la cual responde al proyecto histórico y necesidades particulares de cada comunidad, sin embargo, existen familias y tradiciones comunes, e incluso colaboración y cooperación en la solución de conflictos entre distintas comunidades y nacionalidades⁴⁴.

Segundo, la justicia indígena no es un símil de Derecho o de aquello que entendemos como lo jurídico. La justicia indígena tiene varias particularidades que conceptualmente la distinguen, así la finalidad de esta manifestación cultural y de identidad colectiva será exclusivamente devolver la paz y la armonía de la comunidad afectada, no existe una naturaleza de punición o vindicación.

Tercero, esta justicia no tiene un carácter individual, responde a una colectividad concreta en el tiempo y en el espacio, basada en las costumbres, las tradiciones, en los orígenes ancestrales, que se proyectan al presente y al futuro, entendidos como un todo, es por esto que las normas no requieren estar escritas, aunque puedan estarlo; esta justicia es una representación so-

⁴³ R. YRIGOYEN FAJARDO, "El Horizonte del constitucionalismo pluralista, del multiculturalismo a la descolonización", en C. RODRÍGUEZ GARAVITO (coord.), *El Derecho en América Latina. Un mapa del pensamiento jurídico del Siglo XXI, Siglo Veintiuno*, Buenos Aires, 2011, p. 146.

⁴⁴ J.C. TRUJILLO, A. GRIJALVA y X. ENDARA, *Justicia Indígena en el Ecuador*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2001, pp. 10-11.

cial de la cual los individuos forman parte, la conocen íntimamente, la viven y practican en el día a día⁴⁵.

Cuarto, la justicia indígena es dinámica, cambia con el tiempo; al ser una manifestación y práctica comunitaria se acomoda a sus intereses y necesidades, en otras palabras, la solución se ajusta a los conflictos que afectan a la comunidad. Las tradiciones y las costumbres compartidas sirven como base para una práctica cotidiana efectiva, en búsqueda de restaurar la paz y la armonía comunitaria.

Quinto, es necesario dejar en claro que esta justicia no es pura, completa o perfecta, ninguna justicia lo es, ello implicaría caer en un fundamentalismo. Todas las justicias constantemente integran elementos de distintas culturas y sociedades para su mejor desenvolvimiento. Con frecuencia se tiende a pensar que la justicia indígena responde a una concepción cultural inmóvil, que no se relaciona con otras representaciones de otros pueblos, sin embargo, el propio dinamismo de estas justicias y el proceso mundial intensivo de interrelación, hacen que se convierta en una práctica que toma lo más útil de otras experiencias para los fines de su comunidad, además adopta conceptos e instituciones que le ayudan a relacionar y cooperar tanto con otros pueblos indígenas, como con la sociedad mestiza.

Sexto, el ejercicio del derecho a administrar la justicia propia de los pueblos indígenas puede significar para los Estados una profundización en el planteamiento intercultural y plurinacional, así también su obstaculización o prohibición implicaría el fortalecimiento de los Estados monoculturales y uninacionalistas, esto mediante el uso de tipos penales y la criminalización de los sujetos que ejercen este derecho humano⁴⁶.

Es en todo este contexto en el cual la justicia indígena y la ordinaria deben relacionarse, y en teoría, coordinar y cooperar. Uno de los principales puntos de encuentro, pero también de conflicto, son los derechos humanos; esto entendido desde dos dimensiones: a) La justicia indígena como derecho humano colectivo; b) la relación del derecho a la justicia indígena con otros derechos humanos.

Si los derechos humanos quieren servir como puente entre cosmovisiones y también entre justicias, no deben ser entendidos como dogmas, absolu-

⁴⁵ *Ibíd.*, pp. 12-13.

⁴⁶ R. LLÁSAG, "Justicia indígena ¿Delito o construcción de la plurinacionalidad?: La Cocha" en B. DE SOUSA SANTOS y A. GRIJALVA JIMÉNEZ (ed.), *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador*, Abya-Yala, Quito, 2012, pp. 347-372.

tos, inamovibles y excluyentes, auténticas camisas de fuerza. Bajo una lógica de igualdad y respeto de la diferencia, es entendible que también las otras culturas posean con total validez sus propias construcciones de vital importancia para su convivencia y formas de entender el mundo; la labor de dialogar interculturalmente parte entonces necesariamente de una interpretación mutua e inclusiva, no de una unidireccional y excluyente.

Los conceptos esenciales o básicos de las distintas culturas no pueden ser jerarquizados, se parte de la igualdad en la búsqueda de puntos comunes, que superen lo meramente formal y trasciendan hacia lo sustancial, la propia naturaleza humana física/material y psíquica/espiritual, y el compartir un mismo escenario en el cual nos desenvolvemos hace que las semejanzas entre sociedades sean mayores que sus diferencias.

Una vez superados los problemas que presentan los contenidos de estos conceptos culturales esenciales es indispensable además romper las interpretaciones únicas y unidireccionales; el diálogo intercultural requiere interpretaciones compartidas, basadas en la libre reflexión, y en el entendimiento de contextos amplios, de las cosmovisiones de las culturas que se relacionan.

6. ENTENDER LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS: UN EJERCICIO DE RECONOCIMIENTO Y EMPATÍA

En párrafos previos había mencionado que entender los derechos de los pueblos indígenas, y en particular su derecho a administrar justicia, de conformidad con su visión del mundo, sus costumbres, tradiciones y prácticas ancestrales, es un ejercicio que supera el plano jurídico general y la discusión sobre derechos humanos. En esta labor de acercamiento entre distintas concepciones del mundo, creo que la empatía puede desempeñar un rol preponderante para establecer un diálogo intercultural, que sea un puente entre sociedades, no limitado a establecer mecanismos de coordinación y cooperación jurídica.

Extender nuevos puentes de relación y comunicación como es el caso de la empatía nace precisamente como una necesidad ante una *crisis transversal*, que parte de un punto focal, una *crisis de paradigmas* occidentales que se ve reflejada en lo social, lo político, lo económico, lo legal, lo ambiental y en todos los demás campos. Sin embargo, como lo plantea Wolkmer dichos procesos de crisis no deben ser entendidos solamente como algo negativo, sino que desde una perspectiva positiva significan momentos de ruptura, son la oportunidad y la preparación para emprender nuevos caminos, buscar respuestas con mé-

todos diferentes y repensar institucionalidades⁴⁷. Podemos aprender mucho incluso de lo que consideramos en un inicio como negativo, la propia crítica a la *modernidad* nace de nuestro entendimiento y aprendizaje de ella⁴⁸.

La empatía planteada aquí como un camino puede ser conceptualizada como la facultad intrínseca de todo ser humano, originada en sus propias características biológicas, de poder ponerse en el lugar del otro, de sentir y pensar vívidamente como y desde él, con el objeto de adquirir una visión fáctica y ética completa⁴⁹. De forma complementaria, Humberto Maturana explica que biológicamente el lenguaje y el dialogo en sus diversas formas, son el vehículo de la empatía como medio humano para entender y valorar al mundo y a sus congéneres⁵⁰.

Las principales ventajas que nos traería la empatía dentro de nuestra misión de establecer un diálogo intercultural, entre otras, serían: superar las barreras idiomáticas; permitírnos reconocer la importancia de la participación del otro en el dialogo; facilitarnos establecer consensos sobre la base de valores, principios, derechos y necesidades comunes y universales; servirnos de base para la construcción de conceptos e instituciones para cooperar y coordinar en nuestro convivir⁵¹.

La empatía como facultad biológica del ser humano tiende a expandir su alcance, así podemos partir del compartir el pensar y sentir con los seres más cercanos a nosotros mismos, para luego avanzar en dicho proceso a otros seres humanos que nos son totalmente ajenos, de esta manera no es difícil imaginar que la empatía incluso podría superar las barreras de género humano, alcanzando a los animales y a la propia naturaleza en su conjunto⁵².

⁴⁷ A.C. WOLKMER, cit., pp. 18-19.

⁴⁸ R. PANIKKAR, "La Interpelación Intercultural" en G. GONZÁLEZ R. ARNAIZ (coord.), *El Discurso Intercultural. Prolegómenos a una filosofía intercultural*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2002, pp. 70-71.

⁴⁹ L. HUNT, *La Invención de los Derechos Humanos*, Tiempo de Memoria, Barcelona, 2009, pp. 25-33; y, M. NUSSBAUM, *Paisajes del Pensamiento*, Paidós, Barcelona, 2008, pp. 340.

⁵⁰ H. MATURANA, *La Realidad ¿Objetiva o construida? I. Fundamentos biológicos del conocimiento*, Universidad Iberoamericana, México, 1997, pp. 13-18.

⁵¹ M. NUSSBAUM, *Justicia Poética*, Editorial Andrés Bello, Barcelona, 1997, pp. 65-77.

⁵² La visión de relación e interconexión entre todos los seres vivos no es exclusiva de lo indígena, ni corresponde únicamente a las visiones ancestrales, sino que se manifiesta en la actualidad mediante el concepto científico de ecosistemas. Autores como Jorge Riechmann hablan de la necesidad de reconocer como sujetos de derechos a otros seres sensibles con los que compartimos existencia, planteando la empatía como una de las vías para superar el capitalismo y la profunda crisis ambiental causada por éste. Ver: J. RIECHMANN, *Tratar de Comprender*, IAEN, Quito, 2013.

La empatía nos permite además quebrar con la dicotomía *razón y emoción* y la separación entre *cuerpo y espíritu*, dos de los dogmas fundamentales de las culturas occidentales y eurocéntricas, los cuales se constituyen en una de las principales barreras de relacionamiento entre las culturas hegemónicas con aquellas consideradas marginales que no comparten dichos matices, este es el caso por ejemplo de la filosofía andina⁵³.

Se tiende a pensar que la razón y la emoción se encuentran divorciadas y que cuerpo y espíritu están estrictamente divididos, que se trata de fenómenos independientes y contrapuestos; asumimos como sociedad que lo que proviene de la razón es lógico por tanto válido, mientras que descartamos lo emocional por considerarlo desprovisto de una base científica. La realidad es muy distinta, tanto la emoción como la razón, el cuerpo y el espíritu son parte de un mismo proceso psíquico que se manifiesta en la acción del lenguaje, no existe razón sin contenido emocional y viceversa, cada uno es el fundamento del otro en una relación donde no existen límites definitorios⁵⁴.

El proceso empático solo tendrá relevancia si concebimos el sentir y pensar, cuerpo y espíritu como un todo integral, en el cual las dos representaciones se encuentran entrecruzadas, fusionadas si se quiere, sin poder concebir la una sin la otra; es aquello que Eduardo Galeano desde lo filosófico y literario llama *senti-pensante*, el reconocer que alma y cuerpo no se encuentran divorciados, así como tampoco lo están la razón de corazón⁵⁵. En los mismos términos pero desde el campo de la biología, Humberto Maturana afirma que no podemos entender ninguna acción humana sin percatarnos que existen *dominios emotivos y cognitivos*, que forman parte de un mismo y único proceso del conocer humano⁵⁶.

El relacionarnos como seres humanos parte de una premisa general, entender las emociones y pensamientos de los otros, esa es la esencia del lenguaje y del auténtico diálogo, que permite entender la construcción de lo individual y de lo social⁵⁷. El diálogo intercultural así propuesto requiere romper las limitaciones del diálogo dialéctico en el cual “la razón” exclusiva de una cultura y excluyente

⁵³ J. ESTERMANN, *Filosofía Andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Abya-Yala, Quito, 1999, pp. 99-102.

⁵⁴ H. MATURANA, *La Realidad* cit., pp. 19-29; M. NUSSBAUM *Paisajes del Pensamiento*, cit., pp. 21-33; y, L. HUNT, *La Invención de los Derechos Humanos*, Tiempo de Memoria, Barcelona, 2009, pp. 27-68.

⁵⁵ E. GALEANO, *El libro de los abrazos*, Siglo Veintiuno, México, 1991, p. 107.

⁵⁶ H. MATURANA, *La Realidad*, cit., pp. 72.

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 19-24.

de la emoción sirve como criterio base y juez único de las partes involucradas, dónde lo que se busca es convencer al otro en lugar de comprender y aprender⁵⁸.

El *dialogo empático intercultural* que se propone puede darse en espacios informales o en espacios instituidos con dicho propósito. Sin embargo, ante la imposibilidad de acercarnos al otro *invisibilizado o demonizado*⁵⁹, no se debe dejar de lado el potencial comunicativo y empático de la cultura y el arte, entendidos de forma amplia como representaciones y reflejos de lo humano, reflejos de una época y de un contexto determinado. Cultura y arte presentados como auténticas narrativa populares y sociales de los pueblos y de las relaciones desiguales de poder que les someten⁶⁰.

Este tipo de diálogo tiene como punto de partida el encuentro con el otro a través del conocimiento de su cultura, aún si este fuera básico. Las partes involucradas en el proceso comunicativo deben conocer al menos mínimamente el contexto de la otra parte para poder entender el mensaje, y qué mejor manera de realizar ese acercamiento que mediante el arte como lenguaje común⁶¹. Como lo plantea Panikkar, el lenguaje es el elemento básico del diálogo, ni la palabra escrita ni la palabra hablada, aunque están mucho mejor equipadas son suficientes para poder entendernos realmente. “La interculturalidad requiere arte: danza, escultura, pintura, canción, arquitectura –en una palabra, los símbolos vivos de cualquier expresión artística, no separados de su dinamismo eidético”⁶².

Establecido lo anterior, rescato lo escrito por Maturana y Varela, esta vez en el campo de la filosofía del conocimiento, concretamente de la construcción de los saberes: “el amor, o si no queremos usar una palabra tan fuerte, la aceptación del otro junto a uno en la convivencia, es el fundamento biológico del fenómeno social; sin amor, sin aceptación del otro junto a uno no hay so-

⁵⁸ R. PANIKKAR, cit., pp. 26-38.

⁵⁹ O. VILHENA VIEIRA, “Desigualdad Estructural y Estado de Derecho” en C. RODRÍGUEZ GARAVITO (coord.), *El Derecho en América Latina. Un mapa del pensamiento jurídico del Siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2011, pp. 36-40.

⁶⁰ Cuando hablo de “cultura” y “arte”, entiendo por estos términos su dimensión más amplia, popular y social, escapo de una descripción restrictiva y elitista como la que presenta Harold Bloom, quien considera únicamente como “cultura” y “arte” a determinadas creaciones que conforman un canon occidental en el que prima lo norteamericano, lo europeo, lo masculino y lo blanco. Ver: H. BLOOM, “Elegía al canon” en Enric Sullà, (comp.), *El canon literario*, Arco/Libros, Madrid, 1998, pp. 189-219.

⁶¹ R. PANIKKAR, cit., pp. 45-48.

⁶² *Ibíd.*, p. 72.

cialización y sin socialización no hay humanidad”⁶³. Desde otra arista, la de la filosofía interreligiosa e intercultural, Panikkar enfatiza en la relación entre amor y conocimiento: “El conocimiento sin amor es un mero cálculo –no penetra en lo que se conoce. El amor sin conocimiento es simple emoción –no existe identificación con lo que se ama.”⁶⁴, y añade:

La relación entre el conocimiento y amor no es dualista. No existe uno sin el otro –y, sin embargo, no son lo mismo. El amor no es solo una condición previa para el conocimiento. (...) Su relación es intrínseca y constitutiva. Si los sentidos nos ponen en contacto con un determinado aspecto de lo real, la “facultad” que supera nuestro solipsismo y nos permite “tocar”, “ver” estar en “contacto” con la realidad es nuestra naturaleza amorosa/conocedora –para la que perdimos un nombre adecuado en nuestro lenguaje ordinario cuando el «corazón» perdió su poder simbólico⁶⁵.

Es imposible aceptar al otro sin aceptarse uno mismo, este enunciado en apariencia sencillo es en realidad altamente complejo, pues significa romper desde la médula una de las principales estrategias de toda imposición de un pueblo a otro, como es el quebrantamiento de las identidades y las relaciones sociales originarias, la destrucción y el olvido de lenguaje, el arte y la cultura autóctona, la vergüenza individual y colectiva de lo propio en razón de la fabricación de una otredad que ostenta todas las calidades negativas, creando una nueva estructura reorganizadora, basada en la jerarquización cultural, dotada de una concepción exclusiva y excluyente de lo bueno como lo nuevo e impuesto⁶⁶; un ejemplo claro de ello puede ser observado en prácticamente todos los procesos de conquista europea a territorios americanos, africanos y australianos.

Lo anterior llevado al extremo precisamente encaja con las modalidades del colonialismo como proceso y con el primer paso, y quizá el más importante, que sigue todo genocidio como práctica social, esto es: la construcción de una otredad negativa. La creación de un tercero extraño, anormal, ajeno pero que ha vivido entre nosotros sin percatarnos de su maldad o potencial de peligro contra nuestros intereses; es así que la destrucción de las relaciones sociales, de la igualdad y la solidaridad, son los pasos necesarios para

⁶³ H. Maturana y F. Varela, *El árbol del conocimiento*, Lumen, Buenos Aires, 2003, p. 163.

⁶⁴ R. Panikkar, “La Interpelación Intercultural”, cit., p. 71.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 72.

⁶⁶ F. Fanon, *Piel Negra, máscaras blancas*, Schapire, Buenos Aires, 1974, pp. 13-26.

marcar una identidad de lo correcto y una alteridad de lo incorrecto, luego se podrá transitar con facilidad hacia el hostigamiento, el aislamiento, el debilitamiento sistemático y el aniquilamiento material y simbólico⁶⁷.

El *colonialismo del poder* al que hago referencia, entendido como “una estructura o matriz de poder que permite la clasificación jerárquica de identidades sociales”⁶⁸, no puede ser superado desde arriba, solamente sobre la base de la acción estatal mediante disposiciones legales y medidas económicas, todo esto importante pero sin duda insuficiente ante una realidad social compleja con un racismo arraigado, así como también un colonialismo y capitalismo fuertemente instaurado, se deben buscar otras alternativas⁶⁹.

Es así que el dialogo empático intercultural como planteamiento, es en sí mismo un acto social continuo y permanente de cooperación entre iguales y diferentes mediante el lenguaje, el cual es el medio privilegiado para el reconocimiento y aceptación del otro. Se constituye en el fundamento biológico y ético de la organización social, esta última entendida en su versión amplia como el conjunto de la humanidad, y en su versión más delimitada, como conjunto de sociedades humanas que comparten una historia y destino común. Todo diálogo intercultural implica sacrificios, comprender que no existen culturas completas ni perfectas, involucra además dar visibilidad a lo *invisibilizado* y rescatar en igualdad, la otredad, la marginalidad y lo demonizado, compartiendo el poder y la toma de decisiones⁷⁰.

Sin duda, si realizáramos un ejercicio comprometido de diálogo basado en la empatía y el reconocimiento del otro, se nos haría muy difícil sostener razones para desconocer los derechos de los pueblos indígenas y los de otras comunidades. Si sintiéramos al otro en nuestra piel, como uno mismo, entendiendo su razón y emoción, es muy factible que alcanzaríamos una nueva dimensión y una verdadera vigencia de los postulados de respeto y garantía de la igualdad y la diferencia más allá de los enunciados teóricos y formales.

Entenderíamos que no es correcto desconocer la posibilidad de que los pueblos gobiernen su destino, porque sabríamos lo injusto de la imposición

⁶⁷ D. FEIERSTEIN, *El genocidio como práctica social; entre el nazismo y la experiencia argentina*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2007, pp. 216-221.

⁶⁸ C. WALSH, “Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad”, en *Tabula Rasa*, núm. 9, 2008, p. 149.

⁶⁹ A. QUIJANO, *Colonialidad del poder, globalización y democracia*, Lima, 2000. Recuperado el 16/02/2017 en: <http://rrojasdatabank.info/pfpc/quijan02.pdf>.

⁷⁰ B. DE SOUSA SANTOS, *La Globalización y el Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 197-200.

cultural de un pueblo por el otro, el no poder guiar nuestra vida individual y colectiva conforme nuestros valores, principios y derechos, el no ser capaces de manejar los territorios en los que siempre hemos vivido y que siempre nos han pertenecido, el que un tercero disponga sobre nuestros derechos, aproveche y nos despoje de nuestros hogares sin derecho a veto, el no estar facultados a participar, ser consultados y decidir sobre los asuntos que nos afectan como individuos y como comunidad y claro, consideraríamos injusto y violatorio de nuestra dignidad humana, el que no podamos seguir ejerciendo nuestras prácticas e instituciones, que por varios siglos nos han servido como medios para la convivencia y solución de conflictos.

La labor de reformar sustancialmente o refundar los Estados tradicionales pasa no solo por las modificaciones macro constitucionales y legales, sino principalmente por procesos de entendimiento social y político, en los cuales se dé voz a los excluidos, a los seres humanos y pueblos marginados dentro de procesos tradicionales occidentales. Dando espacio a otras cosmovisiones distintas a la occidental, alejadas del colonialismo y el capitalismo como sistemas imperantes en el mundo. Esto sería precisamente poner en marcha procesos decoloniales, un auténtico proyecto de “intervención, transgresión y construcción”⁷¹.

7. CONCLUSIONES

1. Por encima de la normativa nacional, tanto constitucional como legal, y de los instrumentos internacionales generales sobre derechos, y específicos sobre derechos de los pueblos indígenas, prima en la práctica en la gran mayoría de países una forma de ver y entender al mundo monocultural y uninacionalista, la cual conduce a la vulneración de los derechos de estos grupos de personas, al desconocerlos, vaciar su contenido o núcleo esencial y tergiversar de forma restrictiva sus características básicas. Incluso un constitucionalismo transformador se muestra útil para la reivindicación pero a todas luces insuficiente.

2. El derecho a la autodeterminación de los pueblos funge de principio guía para la interpretación y aplicación de otros derechos. Este principio no puede ser entendido en su real dimensión sino de forma conjunta con la in-

⁷¹ C. WALSH, *Interculturalidad, Estado y Sociedad. Luchas (de)coloniales de nuestra época*, Abya-Yala, Quito, 2009, pp. 231-235.

terculturalidad y la plurinacionalidad, como un todo que irradia el sistema constitucional e infraconstitucional, respetando y garantizando la igualdad y la diferencia, en el contexto de la diversidad de los pueblos.

3. La justicia indígena, o más correctamente las justicias indígenas, son una de las muchas formas de manifestación de la identidad y cultura de un pueblo, en tal sentido, debe ser respetado y garantizado dentro del contexto del derecho a la autodeterminación; en adición, la facultad de los pueblos indígenas para administrar justicia de conformidad con sus costumbres constituye un derecho en sí mismo, el cual responde a una realidad anterior al propio Estado, y que hoy debe ser entendido desde la interculturalidad y la plurinacionalidad.

4. Todas las culturas poseen conceptos que consideran esenciales. El diálogo intercultural requiere la reflexión igual y libre de estos conceptos, sin lugar a dogmas o verdades irreductibles. El entendimiento y el consenso requieren la búsqueda de auténticos contenidos comunes, verdades compartidas si se quiere, las cuales además deben ser interpretadas de forma intercultural, tomando en cuenta la visión amplia del mundo de las culturas que se relacionan.

5. La empatía, entendida como la capacidad humana intrínseca para ponernos vivencialmente en el lugar del otro, es un valioso instrumento, muy poco explorado desde las ciencias, que nos permite en la práctica aproximarnos lo más fielmente posible al sentir, pensar y entender la perspectiva de cosmovisiones distintas a la nuestra, y así poder encausar un verdadero reconocimiento del otro, mediante un diálogo empático intercultural, abierto, libre y en pie de igualdad, siendo la cultura y el arte importantes medios para lograr dicho efecto.

DANILO CAICEDO TAPIA
Universidad Andina Simón Bolívar,
Sede Ecuador
Toledo N22-80 (Plaza Brasilia)
Área de Derecho, Edificio Mariscal Sucre, piso 5 y 6
Ciudad de Quito, Apartado Postal: 17-12-569
Ecuador
e-mail: danct242@gmail.com